



UOHSX006K2XP

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R53/2014/VZ-4206/2015/321/MMI

Brno 12. února 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 2. 2014, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem -

- městem **Trutnov**, IČO 00278360, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 16 Trutnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S304/2013/VZ-2440/2014/511/JPo ze dne 4. 2. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při posouzení nabídky vybraného uchazeče – účastníků sdružení „Sdružení BAK a PROFIL NÁBYTEK“ BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov a PROFIL NÁBYTEK, a.s., IČO 48202118, se sídlem Hradská 280, 396 01 Humpolec, které podaly společnou nabídku – při zadávání veřejné zakázky „**Společenské centrum Trutnovska pro kulturu a volný čas – dodávka vybavení interiéru**“ zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 2. 2010 pod ev. č. 60042190 a ve Věstníku Evropské Unie dne 25. 2. 2010 pod ev. č. 2010/S 39-057189,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S304/2013/VZ-2440/2014/511/JPo ze dne 4. 2. 2014,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 20. 5. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – městem Trutnov, IČO 00278360, se sídlem Slovanské náměstí 165, 541 16 Trutnov (dále jen „**zadavatel**“) při posouzení nabídky vybraného uchazeče – účastníků sdružení „Sdružení BAK a PROFIL NÁBYTEK“ BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov a PROFIL NÁBYTEK, a.s., IČO 48202118, se sídlem Hradská 280, 396 01 Humpolec, které podaly společnou nabídku (dále jen „**vybraný uchazeč**“) – při zadávání veřejné zakázky „Společenské centrum Trutnovska pro kulturu a volný čas – dodávka vybavení interiéru“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 2. 2010 pod ev. č. 60042190 a ve Věstníku Evropské Unie dne 25. 2. 2010 pod ev. č. 2010/S 39-057189.
2. Úřad si na základě podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce. Z předložené dokumentace vyplynulo, že v termínu pro podání nabídek podali nabídku 3 uchazeči, přičemž všechny nabídky splnily požadavky ve smyslu § 71 odst. 9 zákona. Zadavatel na podnět hodnotící komise, která do Protokolu o jednání hodnotící komise zaevidovala v rámci posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21. 4. 2010 zjištění zjevné chyby v jedné nabídce, vyzval téhož dne dotyčného uchazeče „*k předložení dodatečných informací*“. Vybraný uchazeč na výzvu odpověděl dopisem ze dne 23. 4. 2010, že omylem uvedl nesprávný počet kusů, tj. 90 namísto požadovaných 9 kusů v položce č. 26 výkazu výměr, čímž došlo k výpočtu nesprávné nabídkové ceny. Vybraný uchazeč dále v odpovědi na výzvu uvedl, že při správném výpočtu ceny za položku č. 26 výkazu výměr je celková nabídková cena 5 798 039 Kč bez DPH namísto v nabídce uvedených 7 246 400 Kč bez DPH. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise vzala vysvětlení a opravu nabídkové ceny vybraného uchazeče na vědomí a rozhodla se, že bude hodnotit nabídku vybraného uchazeče s opravenou nabídkovou cenou; na základě toho dne

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

27. 4. 2010 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, kterou se stala nabídka vybraného uchazeče.

3. Úřad získal pochybnosti o zákonnosti úkonů zadavatele, zejména pokud jde o nevyločení vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení a umožnění opravy početní chyby v nabídce, s následkem snížení nabídkové ceny, na základě čehož byly nabídka vybraného uchazeče vyhodnocena jako nejvhodnější. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad podle ustanovení § 113 zákona správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 4. 2. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-304/2013/VZ-2440/2014/511/JPo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že nevyločil vybraného uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, ačkoliv nabídka tohoto uchazeče nesplňovala požadavek zadavatele uvedený v článku 12.6. zadávací dokumentace, tím současně nedodržel zásadu rovného zacházení a transparentnosti, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 17. 5. 2010 uzavřel smlouvu s tímto uchazečem na plnění předmětné veřejné zakázky. Ve výroku II. Úřad uložil pokutu ve výši 50 000 Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v tomto případě nelze říci, že by zjevná početní chyba neměla vliv na nabídkovou cenu. Uvedená početní chyba zjevně měla vliv na nabídkovou cenu, když původní nabídková cena činila 7 246 400 Kč bez DPH a po opravě početní chyby se snížila na 5 798 039 Kč bez DPH, tj. o 1 448 361 Kč. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek pak vyplývá, že rozhodujícím kritériem pro výsledek hodnocení nabídek se stala právě nabídková cena, neboť v rámci zbývajících dílčích kritériích byly všechny nabídky hodnoceny shodně. Úřad tedy uvádí, že umožnění opravy početní chyby vybranému uchazeči tak mělo zcela zásadní vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť díky této opravě se nabídková cena vybraného uchazeče stala nejnižší nabídkovou cenou a byla tak vybrána jako nejvhodnější. Úřad dále dodal, že chyba ze strany vybraného uchazeče se vyskytla již při samotném stanovování celkové ceny a hodnotící komise ji tedy nemohla nijak opravit či k ní nepřihlídnout, byť měla všechny údaje potřebné pro její výpočet.
6. Obecně platí, že uchazeč, jehož nabídka obsahuje dodatečně upravované údaje, musí být z další účasti v zadávacím řízení vyloučen. Vysvětlení nabídky vyžádané postupem dle § 76 odst. 3 zákona může hodnotící komise akceptovat jen tehdy, pokud jeho prostřednictvím nedochází k faktické změně nabídky. V opačném případě by zadavatel totiž nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti ve vztahu k ostatním uchazečům o veřejnou zakázku. Z § 76 odst. 3 zákona tedy jasně vyplývá, že nelze „vysvětlovat“ chyby týkající se nabídkové ceny, resp. ocenění položek tvořících podklad pro výpočet nabídkové ceny a tyto chyby pak „opravovat“ formou změny nabídkové ceny.
7. Při stanovení výše pokuty vycházel Úřad z ceny veřejné zakázky, jež činí dle smlouvy o dílo ze dne 17. 5. 2010 celkem 6 957 646 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 347 882 Kč. Úřad dále vzal v úvahu skutečnost,

že zadavatel svým postupem porušil základní zásady zadávacího řízení stanovené v § 6 zákona, tím, že jednomu z uchazečů umožnil opravit chybu v nabídce, přičemž následkem této opravy bylo snížení nabídkové ceny. Jelikož snížení nabídkové ceny vybraného uchazečem mělo vliv na konečné hodnocení nabídek, zadavatel tak svým postupem v rozporu s § 76 odst. 1, 3 a 6 zákona zásadně ovlivnil soutěž, neboť v případě vyloučení vybraného uchazeče by zvítězila nabídka jiného uchazeče. Při stanovení výše pokuty Úřad jako polehčující okolnost zohlednil fakt, že zadavatel byl při svém postupu veden snahou o získání co nejnižší nabídky, a proto umožnil vybranému uchazeči opravit chybu v nabídce s následkem snížení nabídkové ceny. Úřad při stanovení výše pokuty rovněž přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu.

III. Námitky rozkladu

8. Dne 18. 2. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 4. 2. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
9. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci a je z důvodu nedostatečného odůvodnění, pokud jde o porušení § 6 zákona, nepřezkoumatelné. Podle názoru zadavatele uchazeč požadavek uvedený v čl. 12.6. zadávací dokumentace naplnil a nebyl důvod jej vyloučit. Zadavatel má za to, že se jedná o zjevnou početní chybu – chybu v součinu, proto, když si této chyby všiml, postupoval podle metodiky Ministerstva pro místní rozvoj a rovněž podle zadávacích podmínek – tedy umožnil uchazeči chybu napravit postupem podle § 73 odst. 3 zákona. Zadavatel konstatuje, že zásada rovného zacházení nemohla být porušena, neboť zadavatel přistupoval ke všem uchazečům a jejich nabídkám stejně.
10. S konstatováním Úřadu o porušení zásady transparentnosti zadavatel rovněž nesouhlasí. Podle názoru zadavatele není možné, aby Úřad bez řádného odůvodnění konstatoval porušení zásady transparentnosti, aniž by uvedl, v čem konkrétně toto porušení spatřuje. Úřad se podle něj ani nezabýval definicí této zásady, aby z ní mohl na pochybení zadavatele usuzovat. Zadavatel dále cituje z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010 a v této souvislosti trvá na tom, že jeho postup je zcela kontrolovatelný, čitelný a nic nezakrývající. Naopak podle jeho názoru byl jeho postup zcela zřetelný (dodržení zásady hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky; zbytečně by byl vyloučen uchazeč s nejnižší nabídkovou cenou). Postup zadavatele byl podle jeho názoru v souladu se zákonem, zadávacími podmínkami i metodikou gestora zákonné úpravy, tedy Ministerstvem pro místní rozvoj. Zadavatel má za to, že by Úřad měl uvést konkrétní porušení zásad, tedy v čem spatřuje pochybení zadavatele, napadené rozhodnutí se podle něj jeví jako nepřezkoumatelné.
11. Podle zadavatele je vždy nutné nabídku a nabídkovou cenu posuzovat komplexně v celém souhrnu, pak je tedy patrné, že faktická nabídková cena se nezměnila, neboť jednotková cena u položky č. 26 byla uchazečem v době podání nabídky uvedena správně a byla zachována i po vyjasnění a toto je z nabídky uchazeče zřetelné a tedy transparentní. Zadavatel dále odkazuje na bod 36. napadeného rozhodnutí, kde Úřad nesprávně cituje z čl. 12.6. zadávací dokumentace, že „*nabídkovou cenou je cena za splnění celého předmětu zakázky*“. Ve skutečnosti však formulace zní „*Nabídková cena je cenou nejvýše přípustnou,*

kerou zadavatel předpokládá za splnění celého předmětu zakázky“. Zadavatel chtěl vyjádřit to, že celková konečná cena je nepřekročitelná, z důvodu omezeného rozpočtu, nikoli, jak se domnívá Úřad, že jediným relevantním údajem v rozpočtu je celkový součet bez ohledu na jednotkové ceny. Ačkoli při hodnocení je rozhodná celková nabídková cena, jednotkové ceny jsou neméně důležitou součástí nabídky uchazeče, neboť k nabídce je potřeba přistupovat komplexně, jak již zadavatel uvedl výše. Podle zadavatele je účelem zákona možnost početní chyby, samozřejmě za dodržení principu rovného zacházení, v nabídce opravit.

12. Úřad podle zadavatele dovozuje, že opravou početní chyby došlo k faktické změně nabídky. S tímto zadavatel nemůže souhlasit, přičemž pojem faktická změna nabídky není zákonem definován. Úřad podle něj tedy pravděpodobně vychází ze svého přísně formalistického výkladu principu transparentnosti, avšak tento výklad by neměl být pouze formalistický a jít k tíži adresáta, naopak by měl smysluplně zohledňovat účel právní úpravy. Podle zadavatele nedošlo k faktické, avšak pouze k formální opravě číselného vyjádření výše ceny, která byla postižena nesprávným součinem jednotkové ceny a počtu kusů u jedné z položek.

Závěr rozkladu

13. Zadavatel navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S304/2013/VZ-2440/2014/511/JPo ze dne 4. 2. 2014, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

17. Během zadávací lhůty, která počíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, jsou uchazeči vázáni svými nabídkami. V této době je uchazeč vázán obsahem své nabídky, kterou podal v zadávacím řízení. Vázanost obsahem nabídky znamená, že uchazeč svou nabídku nesmí během této zadávací lhůty zrušit, změnit či doplnit, je také povinen poskytnout zadavateli

potřebnou součinnost a uzavřít se zadavatelem ve smyslu obsahu své nabídky smlouvu na realizaci veřejné zakázky v případě, že bude jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější.

18. Vybraný uchazeč uvedl nesprávný počet kusů, tj. 90 namísto požadovaných 9 kusů v položce č. 26 výkazu výměr, čímž došlo k výpočtu nesprávné nabídkové ceny. Vybraný uchazeč dále uvedl, že při správném výpočtu ceny za položku č. 26 výkazu výměr je celková nabídková cena 5 798 039 Kč bez DPH namísto v nabídce uvedených 7 246 400 Kč bez DPH.
19. Hodnotící komise zkoumá, zda nabídka obsahuje nějaké nejasnosti. Shledá-li v nabídce jakékoliv nejasnosti, je oprávněna požádat uchazeče o vysvětlení jeho nabídky. Hodnotící komisi však ze zákona nevyplývá jakákoliv povinnost požádat uchazeče v případě nejasností o vysvětlení jeho nabídky. Jedinou výjimkou je povinnost vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění, pokud jeho nabídka obsahuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Ustanovení § 76 odst. 3 zákona dává hodnotící komisi pouze možnost o písemné vysvětlení nabídky požádat. Je tedy zcela na jejím uvážení, zda se rozhodne podle tohoto ustanovení ve vztahu ke konkrétnímu uchazeči a jeho nabídce postupovat, za současného dodržení zásad v ustanovení § 6 zákona.
20. Hodnotící komise využila institutu § 76 odst. 3 zákona a vyzvala vybraného uchazeče k objasnění a předložení dodatečné informace. Hodnotící komise vzala vysvětlení a opravu nabídkové ceny vybraného uchazeče na vědomí a rozhodla se, že bude hodnotit nabídku vybraného uchazeče s opravenou nabídkovou cenou. Tohoto institutu vysvětlení nejasností v nabídce však může hodnotící komise využít pouze pro vysvětlení nalezených nejasností v nabídce, nelze ho využít jako prostředku, kterým bude dosažena oprava či změna nabídky.
21. V daném případě došlo podaným vysvětlením ke snížení nabídkové ceny. Chybu vybraného uchazeče tak nelze považovat za zjevnou početní chybu nemající vliv na nabídkovou cenu, neboť tato chyba má zcela zásadní vliv na výši nabídkové ceny, když došlo k jejímu výraznému snížení. Tato chyba vybraného uchazeče se objevila při stanovování celkové ceny a hodnotící komise ji nemohla nijak opravit a ani k ní nemohla nepřihlídnout. Hodnotící komise ani zadavatel nemá oprávnění či možnost nabídkovou cenu jakkoliv upravovat či měnit a provádět matematické operace k tomuto účelu a to ani při využití institutu vysvětlení nabídky. Jedná se tak o chybu mající vliv na nabídkovou cenu a k té je hodnotící komise povinna přihlížet. Hodnotící komise tak měla nabídku vybraného uchazeče vyřadit a následně měl zadavatel vybraného uchazeče vyloučit ze zadávacího řízení.
22. V této souvislosti odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „soud“) sp. zn. 2 A 7/2002 ze dne 7. 4. 2004 (dále jen „rozsudek NSS“). Soud v předmětném rozhodnutí ve vztahu ke zjevné početní chybě v nabídce, která nemá vliv na nabídkovou cenu, uvedl, že se musí jednat o takové zjevné početní chyby, které je hodnotící komise schopna zjistit a odstranit sama, bez součinnosti s uchazečem (zákon nestanoví povinnost komise před hodnocením nabídek ověřovat či vyjasňovat si informace deklarované uchazeči v nabídkách). V této souvislosti pak soud doplnil, že uvedené ustanovení nelze analogicky aplikovat na nápravu jiného pochybení než zjevné početní chyby (tj. např. na chyby v psaní či na jiný omyl uvedený v nabídce uchazeče) a tudíž není namístě, aby hodnotící komise ověřovala a vyjasňovala informace deklarované uchazeči v nabídkách.
23. Jak správně odkázal Úřad v napadeném rozhodnutí, aplikací ustanovení § 76 odst. 3 zákona se zabýval Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 50/2010-104 ze dne 6. 10. 2011,

kde judikoval následující. Přestože spektrum nejasností, na něž dopadá § 76 odst. 3 zákona, může být široké, jeho aplikace přichází v úvahu tam, kde zadavateli, jednoduše řečeno, není zřejmé, „jak to uchazeč svojí nabídkou konkrétně myslel“. Výzva k písemnému vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona je pouze fakultativním postupem. Krajský soud v Brně ve výše specifikovaném rozsudku uvádí, že zadávací řízení považuje za vysoce formalizovanou proceduru, kde „i formální pochybení může způsobit negativní (a pro uchazeče až fatální) následky“. V předmětném rozsudku Krajský soud v Brně dále uvádí, že „jde-li o nejasnost, která ve svém důsledku způsobuje, že ani zadavatel si není jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, a jde-li zároveň o nejasnost, která už na první pohled vyvolává dojem, že uchazeč se v části své nabídky dopustil chyby, tedy o nejasnost již na první pohled zřejmou, lehce popsitelnou a zároveň zřejmě lehce vysvětlitelnou, pak je namístě zadavateli rezignaci na vyjasnění si takové nejasnosti vytknout. Zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám či nikoli a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek hodnoceny; zadavatel tedy musí mít spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena či nikoli“ (§ 76 zákona) a jak má být hodnocena (§ 79 zákona).

24. Jak tedy vyplývá z v předchozím odstavci citového rozsudku, zadávací řízení je vysoce formalizovanou procedurou, kde i formální pochybení uchazeče může způsobit negativní následky. Jak uvádí rozsudek NSS, podle ustálené judikatury soudů je třeba mít při výkladu tohoto zákona na mysli účel, jemuž zákon slouží a jak byl vyjádřen v důvodové zprávě Vlády České republiky, totiž vytvoření podmínek pro zabezpečení průhlednosti postupu zadávání s vyloučením diskriminace, protekce a s minimalizací možnosti pletich či korupce. Obdobně je trvale kladen důraz na formálnost postupů, které zákon ovládají a které musí dodržovat všechny osoby a instituce, jež podle tohoto zákona postupují, a to stejnou měrou, ať již jsou v pozici zadavatele či uchazeče.
25. Pro úplnost uvádím, že zadavatel uzavře smlouvu s vybraným uchazečem v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v jeho nabídce. Návrh smlouvy přitom musí odpovídat podmínkám zadávací dokumentace. Změna či doplnění je přípustná pouze, jde-li o údaje ryze formálního charakteru (ust. § 82 odst. 2 zákona).
26. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci a je z důvodu nedostatečného odůvodnění, pokud jde o porušení § 6 zákona, nepřezkoumatelné. Zásada rovného zacházení tedy podle jeho názoru nemohla být porušena, neboť přistupoval ke všem uchazečům a jejich nabídkám stejně. K této námitce uvádím, že akceptace nabídky, jež byla upravena způsobem, který je uveden výše, je v rozporu s ustanovením § 76 odst. 1 zákona a následně v rozporu s ustanovením § 76 odst. 6 zákona, neboť se nejednalo o zjevnou početní chybu nemající vliv na nabídkovou cenu a nabídka měla být tudíž vyřazena a uchazeč měl být následně vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Tento postup zadavatele nelze rovněž považovat za transparentní. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť

stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie k problému zásady transparentnosti, mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení. Za netransparentní lze dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 tedy považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.

27. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek, vyjádřená v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo řečeno, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
28. Transparentností zadávacího řízení se dále zabýval i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 7 Afs 31/2012 - 55 ze dne 20. 6. 2012. Ačkoliv se tento rozsudek primárně zabývá zodpovězením otázky transparentnosti při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku losováním, považují závěry v něm vyslovené za obecně platné a použitelné i na šetřený případ. Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku judikoval, že zajištění povinnosti, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení nepůsobily netransparentně, náleží vždy zadavateli. Jinými slovy řečeno, odpovědnost za transparentní průběh zadávacího řízení nese za všech okolností zadavatel. Úřad přitom k právě řečenému dodává, že je to právě zadavatel, kdo je povinen nést negativní následky jednání zájemců či uchazečů o veřejnou zakázku za situace, kdy takováto jednání neobstojí v testu transparentnosti zadávacího řízení, s čímž se ztotožňují.
29. Na podporu výše uvedených závěrů odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010. V tomto rozsudku soud vyslovil názor, že *„porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“* Podle názoru soudu tak ke konstatování netransparentnosti plně postačuje, že v průběhu zadávacího řízení prokazatelně vyvstanou pochybnosti odporující požadavkům zákona na průhlednost a transparentnost zadávacího řízení. Výlučnou odpovědnost za transparentní průběh zadávacího řízení nese zadavatel.
30. V daném případě zadavatel po otevření obálek s nabídkami přijal sdělení vybraného uchazeče týkající se jeho nabídkové ceny, přičemž uvedené sdělení mělo přímý vliv na výsledek zadávacího řízení. Vysvětlení nabídky vyžádané postupem podle ustanovení § 76 odst. 3 zákona může hodnotící komise akceptovat pouze v případě, že jeho prostřednictvím nedochází k faktické změně nabídky. Akceptací takovéto výrazné změny nabídkové ceny zadavatel nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti

ve vztahu k ostatním uchazečům o veřejnou zakázku. Zadavatel tím, že připustil úpravu nabídkové ceny „zvýhodnil“ tohoto uchazeče vůči ostatním uchazečům. Zadavatel tím, že přihlédl k vysvětlení nabídky, které mělo výrazný vliv na výši nabídkové ceny, nedodržel zásadu rovného zacházení se všemi zájemci a zásadu transparentnosti. Nabídka vybraného uchazeče měla být hodnotící komisí vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení a vybraný uchazeč měl být zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

31. Zadavatel dále odkazuje na bod 36. napadeného rozhodnutí, kde Úřad nesprávně cituje z článku 12.6. zadávací dokumentace, že „nabídkovou cenou je cena za splnění celého předmětu zakázky“. Ve skutečnosti však formulace zní „Nabídkovou cenou je cena nejvýše přípustnou, kterou zadavatel předpokládá za splnění celého předmětu zakázky“. K této námitce uvádím, že v bodě 36. napadeného rozhodnutí je skutečně formulace, jak ji uvádí v rozkladu zadavatel, avšak tato formulace není uvedena jako citace čl. 12. 6. zadávací dokumentace. Pro daný případ je zcela irelevantní, zda byl zadavatelem článek 12. 6. zadávací dokumentace formulován jako „Nabídková cena je cenou nejvýše přípustnou, kterou zadavatel předpokládá za splnění celého předmětu zakázky“ nebo jako „nabídkovou cenou je cena za splnění celého předmětu zakázky“. Jak sám zadavatel v rozkladu uvádí, při hodnocení nabídek byla rozhodná celková nabídková cena, která byla předmětem hodnocení hodnotící komise a byla rozhodujícím kritériem pro výsledek hodnocení nabídek (v rámci zbývajících dílčích kritérií byly všechny nabídky hodnoceny shodně). Formulace článku 12. 6., jak je zmíněna v tomto odstavci, je tak zcela irelevantní. Ke konstatování zadavatele, že chtěl vyjádřit to, že celková konečná cena je nepřekročitelná, z důvodu omezeného rozpočtu, nikoli, jak se domnívá Úřad, že jediným relevantním údajem v rozpočtu je celkový součet bez ohledu na jednotkové ceny, uvádím, že zadavatel stanovil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, s následujícími dílčími kritérii a jejich váhami: nabídková cena bez DPH s vahou 65 %, záruční doba za provedené dílo (v měsících minimálně 60) s vahou 15 %, výše smluvní pokuty (v Kč, minimálně 10 000 Kč) s vahou 10 %, doba splatnosti daňových dokladů (ve dnech, minimálně 90) s vahou 10%. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek pak vyplývá, že rozhodujícím kritériem pro výsledek hodnocení nabídek se stala právě nabídková cena, neboť v rámci zbývajících dílčích kritérií byly všechny nabídky hodnoceny shodně. Z hodnotících kritérií vyplývá, že jediným relevantním a zároveň rozhodujícím údajem byla právě výše nabídkové ceny a nikoli jednotkové ceny, jak se domnívá zadavatel. Nad rámec uvádím, že článek 12. 6. zadávací dokumentace dále mimo jiné obsahuje i povinnosti uchazeče o veřejnou zakázku, zejména pak odpovědnost za soulad položkových rozpočtů a výkazu výměr, přičemž v případě jakéhokoli nesouladu mezi výkazem výměr a položkovými rozpočty (např. chybějící položky, přebývající položky, nesprávné množství měrných jednotek, apod.) může hodnotící komise vyřadit nabídku z dalšího posuzování.
32. Zadavatel namítá, že jeho postup byl v souladu se zákonem, zadávacími podmínkami i metodikou gestora. K této námitce v části týkající se toho, zda byl postup zadavatele v souladu se zákonem či nikoli odkazují plně na výše uvedené odůvodnění včetně odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ohledně postupu zadavatele v souladu se zadávacími podmínkami a metodikou gestora konstatuji, že zadavatel je v první řadě povinen postupovat v souladu se zákonem a jeho zásadami, k čemuž v tomto případě nedošlo, jak je podrobně rozvedeno jak v tomto rozhodnutí, tak v napadeném rozhodnutí.

33. Úřad podle zadavatele dovozuje, že opravou početní chyby došlo k faktické změně nabídky, s čímž zadavatel nemůže souhlasit. Podle jeho názoru se faktická nabídková cena nezměnila, neboť jednotková cena u položky č. 26 byla uchazečem v době podání nabídky uvedena správně a byla zachována i po vyjasnění a toto je z nabídky uchazeče zřetelné a tedy transparentní. Úřad podle něj tedy pravděpodobně vychází ze svého přísně formalistického výkladu principu transparentnosti, avšak tento výklad by neměl být pouze formalistický a jít k tíži adresáta, naopak by měl smysluplně zohledňovat účel právní úpravy. Podle zadavatele nedošlo k faktické, avšak pouze k formální opravě číselného vyjádření výše ceny, která byla postižena nesprávným součinem jednotkové ceny a počtu kusů u jedné z položek. K těmto námitkám uvádím následující.
34. Ohledně faktické změny nabídky konstatuji, že tento pojem skutečně není zákonem definován, jak namítá zadavatel, avšak tento pojem vychází z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010, ve kterém soud mimo jiné uvedl, že „*v případě opravy jasné chyby není důvodu na pokus o její opravu, nedochází-li k faktické změně nabídky, rezignovat*“. V tomto případě došlo k tomu, že se změnila celková nabídková cena, tudíž došlo k faktické změně nabídkové ceny, tedy nabídky, přestože nedošlo ke změně jednotkové ceny. Nadto sama skutečnost, že určitý pojem není zakotven v zákoně, neznamená, že jeho použití při posouzení postupu zadavatele podle zákona je nesprávné či formalistické. Naopak jsem přesvědčen, že v tomto případě jde o pojem příléhavý a správně použitý.
35. Zadávací řízení je vysoce formalizovaným procesem vycházejícím ze základních zásad uvedených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, jež se promítají do ostatních ustanovení zákona, čímž je zaručen rovný přístup k jednotlivým uchazečům po celou dobu zadávacího řízení. Za přílišný formalismus tedy nelze považovat takový postup Úřadu, kdy tento shledal porušení zákona za situace, kdy zadavatel navzdory nesplnění zadávacích podmínek ponechal nabídku v zadávacím řízení a tuto vybral jako nejvhodnější s odkazem na její nejnižší nabídkovou cenu, k jejíž podstatné „úpravě“ došlo během zadávacího řízení, čímž výběr této nabídky v rozkladu ospravedlňuje. Takový postup zákon neumožňuje, neboť tento odporuje relevantním ustanovením zákona (§ 76 odst. 1 a 6 zákona) a není souladný zejména se zásadou rovného zacházení zaručující výše zmíněný rovný přístup k uchazečům. Zadavatel musí v zadávacím řízení striktně postupovat podle jednotlivých ustanovení zákona.
36. Při zadávání veřejných zakázek obecně platí princip, podle kterého za úplnost a správnost nabídky odpovídá uchazeč o veřejnou zakázku a důsledky případných chyb v nabídce je nutno přičíst k jeho tíži. Pokud nabídka uchazeče nemá potřebné náležitosti, je v rozporu se zákonem nebo požadavky zadavatele uvedenými v zadávací dokumentaci, jde tato skutečnost k tíži uchazeče, což vede (je-li to v souladu se zákonem) k vyloučení takového uchazeče z účasti v zadávacím řízení.
37. Uvedená početní chyba v daném případě měla vliv na celkovou výši nabídkové ceny, a to zcela zásadní. Chyba ze strany vybraného uchazeče se vyskytla již při samotném stanovování celkové ceny a hodnotící komise ji tedy nemohla nijak opravit či k ní nepřihlídnout, byť měla všechny údaje potřebné pro její výpočet. Obecně platí, že uchazeč, jehož nabídka obsahuje dodatečně upravované údaje, případně obsahuje početní chybu, která má vliv na výši nabídkové ceny, musí být z další účasti ze zadávacího řízení vyloučen. V opačném případě by zadavatel rovněž nedodržel zásadu stejného zacházení se všemi uchazeči a zásadu transparentnosti. Zadavatel tedy tím, že nevyřadil z dalšího posuzování

a hodnocení nabídku vybraného uchazeče, nedodržel postup, který mu stanoví ustanovení § 76 odst. 1 a 6 zákona, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky.

38. Co se týče uložené sankce, zadavatel neuvedl k této části odůvodnění napadeného rozhodnutí žádné námitky, přestože rozklad směřuje i proti výroku II. napadeného rozhodnutí, tudíž jsem přezkoumal postup Úřadu z hlediska zákonnosti, a plně se ztotožňuji se závěry uvedenými v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad tedy postupoval v souladu se zákonem, zejména s ustanovením § 121 odst. 2 zákona, kde je uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel svým postupem porušil základní zásady zadávacího řízení stanovené v ustanovení § 6 zákona, tím, že jednomu z uchazečů umožnil opravit chybu v nabídce, přičemž následkem této opravy bylo snížení nabídkové ceny. Jelikož snížení nabídkové ceny vybraného uchazečem mělo vliv na konečné hodnocení nabídek, zadavatel tak svým postupem v rozporu s § 76 odst. 1, 3 a 6 zákona zásadně ovlivnil soutěž, neboť v případě vyloučení vybraného uchazeče by zvítězila nabídka jiného uchazeče. Úřad rovněž zohlednil polehčující okolnosti (bod 48 napadeného rozhodnutí), když přitěžující okolnosti neshledal a zároveň přihlédl k ekonomické situaci zadavatele (bod 49 napadeného rozhodnutí).

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj

předseda

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

město Trutnov, Slovanské náměstí 165, 541 16 Trutnov

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy